

media LAWS

Rivista di diritto dei media
3/2018

Potere e libertà nella rete*

Marco Cuniberti

Abstract

L'articolo si propone di analizzare alcune linee di tendenza nel rapporto tra potere e libertà in Internet: dopo aver sottoposto a critica alcune recenti ricostruzioni che enfatizzano la dimensione sociale e comunitaria della rete, lo scritto si sofferma su alcune problematiche attinenti al rapporto tra i privati utenti della rete, i grandi intermediari e i gestori delle piattaforme, e il potere pubblico. In particolare, per quanto attiene al ruolo di *provider* e gestori, si evidenzia l'esigenza di superare il mito della loro neutralità senza per questo configurare in capo ad essi forme di responsabilità editoriale, e valorizzando il ruolo che in questo senso può essere svolto dalle procedure c.d. di *notice and take down*; per quanto attiene al rapporto col potere pubblico, si valuta favorevolmente il tendenziale abbandono del ricorso allo strumento penale, e si evidenzia l'esigenza di privilegiare interventi normativi sulle modalità di diffusione dei contenuti, con specifico riferimento al tema della profilazione degli utenti finalizzata all'invio di materiale informativo, e all'esigenza di contrastare modalità non trasparenti di diffusione, quali quelle che si avvalgono di *bot* e *fake account*.

The paper analyzes current trends in the relationship between Public Power and Internet Freedom. After having challenged recent theories about the social dimension of the Internet, the paper focuses on issues related to the relationship between private users, Internet intermediaries and platform providers, and Public Power. In particular, as far as the role of Internet intermediaries and providers is concerned, the Author argues that time is ripe to dispel the myth of their neutrality but warns that they should be held liable as editors/publishers not just for this reason, and that the so called “notice and take down procedures” may play an important role in the field. As far as the relationship between Internet providers and Public Power is concerned, the Author agrees with those recommending setting aside the use of criminal law and highlights the need to support regulation on how contents are shared –considering the specific issue of users profiling– and to contrast non-transparent methods of dissemination of information such as those using bots and fake accounts.

Sommario

1. Quali sono le libertà nella rete? - 2. Le letture “neocorporative” o “comunitarie” della rete e dei *social network*: le “comunità” degli utenti di Internet e dei *social network* come “formazioni sociali”. - 3. (segue) Ambiguità degli esiti cui conduce l'utilizzo della categoria della “formazione sociale” in rapporto alla tutela delle libertà individuali. - 4. Libertà in rete e potere privato: tra la fine del mito della neutralità del *provider* e il rischio della censura privata. - 5. Libertà in rete e potere pubblico: regolazione del mezzo *vs.* controllo sui contenuti.

* Relazione presentata alle “Giornate sul diritto dell'informazione”, organizzate dal Dipartimento di scienze politiche e internazionali dell'Università degli Studi di Siena il 17 e 18 maggio 2018.

** L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a referaggio anonimo.

Keywords

Internet – Piattaforme - Social network - Motori di ricerca – Fake news

1. Quali sono le libertà nella rete?

Nell'abbozzare le linee di un ragionamento su potere e libertà in rete, dobbiamo cominciare col chiederci di quali libertà stiamo parlando: e non si tratta di un interrogativo di poco conto, perché l'ovvia constatazione che attraverso Internet si possono esercitare tanti diritti diversi, e svolgere le attività più disparate, ha indotto molti studiosi a relativizzare il legame tra Internet e la sfera della comunicazione, per costruire nuove figure giuridiche, più o meno definite, che vorrebbero superare il riferimento – considerato riduttivo e insoddisfacente – agli artt. 15 e 21 Cost.

Si è così iniziato con il teorizzare, già agli inizi del decennio scorso, una “libertà della comunicazione” come situazione comprensiva ma anche distinta, al tempo stesso, dalla corrispondenza e dalla manifestazione del pensiero¹; si è poi venuta affermando l'idea di una sorta di onnicomprensiva “libertà della rete”, costituita da diritti e principi cui si pretende di attribuire autonomo rilievo costituzionale, a cominciare dal c.d. “diritto di accesso”² e dal principio della “neutralità della rete”³; da ultimo, infine, questa tendenza a “ricollocare” Internet nella Costituzione, superando il tradizionale riferimento agli artt. 15 e 21, si è concretizzata in quelle tesi che, facendo riferimento all'art. 2 Cost., fanno ricorso alla categoria della “formazione sociale” come sede e veicolo dello “sviluppo della personalità”⁴.

Con riserva di tornare tra poco su queste più recenti ricostruzioni, si può sin d'ora anticipare come una sorta di tratto comune tra tutti questi tentativi di inquadrare costituzionalmente il fenomeno Internet, superando il tradizionale riferimento agli artt. 15 e 21, sia una evidente tendenza a obliterare, dietro il paravento di una indefinita quanto ambigua “libertà della rete”, il conflitto tra posizioni ed interessi divergenti che si esprimono e si confrontano in Internet: posizioni ed interessi che, ad avviso di chi scrive, sono pur sempre riconducibili da un lato alla libertà di comunicare (riservatamente o meno) dell'utente, dall'altro alla libertà economica di impresa dei grandi operatori, a cominciare dai c.d. “over the top”.

¹ A. Valastro, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, Milano, 2001

² Su cui, tra i molti contributi dedicati al tema dall'Autore, v., da ultimo, T. E. Frosini, *Il diritto di accesso ad Internet*, in T.E. Frosini - O. Pollicino - E. Apa - M. Bassini (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Milano – Firenze, 2017, 41 ss.

³ Su cui v., tra i molti, M. Orofino, *La declinazione della net-neutrality nel regolamento europeo 2015/2120. Un primo passo per garantire un'Internet aperta?*, in *Federalismi.it – Focus Comunicazione, Media e Nuove tecnologie*, 2, 2016.

⁴ In particolare v. P. Passaglia, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in M. Nisticò - P. Passaglia (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, 2014, 37 ss.; Id., *Le formazioni sociali e Internet*, in T.E. Frosini - O. Pollicino - E. Apa - M. Bassini (a cura di), *op. cit.*, 50 ss.; suggestioni analoghe, volte a accentuare la dimensione comunitaria della rete o addirittura la sua attitudine a porsi come ordinamento giuridico, possono rinvenirsi, peraltro, anche in P. Marsocci, *Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente già da sfatare?*, in *Rivista AIC*, 1, 2015, e in T. E. Frosini, *Internet come ordinamento giuridico*, in M. Nisticò - P. Passaglia (a cura di), *op. cit.*, 57 ss.

Il fatto che attraverso Internet si possano fare tante cose giuridicamente rilevanti (lecite e meno lecite) discende dal fatto che il *diritto* è (anche) *comunicazione*, sicché ogni atto giuridicamente rilevante è un atto di comunicazione che può esplicarsi attraverso molteplici strumenti, tra cui, come ovvio, anche le tecnologie digitali: ma l'ovvia constatazione secondo cui attraverso Internet possono esercitarsi tanti diversi diritti e libertà non dovrebbe indurre a dimenticare che il contenuto essenziale dell'attività che si svolge in Internet rimane quello di *una attività di comunicazione*, pur sempre riconducibile, invariabilmente e inevitabilmente, di volta in volta all'art. 15 o all'art. 21 Cost.

D'altro canto, neppure si dovrebbe dimenticare che la fornitura di servizi in Internet (connessione, ricerca, *hosting*, nelle sue varie e sfuggenti declinazioni) è, e rimane, *una attività economica* esercitata in forma imprenditoriale e a fini di lucro: una attività che consiste nel fornire servizi attraverso cui si esercitano (in primo luogo) le libertà di comunicazione e di espressione, senza che però ciò implichi che il c.d. *Internet service provider* sia un soggetto che trova nella libertà di comunicazione e di espressione, piuttosto che nella libertà di impresa, il nucleo essenziale della propria attività, non più di quanto il gestore di un servizio di telefonia possa essere considerato come un soggetto che esercita la libertà di corrispondenza, o il gestore di una edicola un soggetto che esercita la libertà di espressione.

Si tratta di considerazioni che possono sembrare banali, ma che è opportuno ribadire nel momento in cui quelle ricostruzioni cui si è accennato, che enfatizzano la dimensione "sociale" della rete⁵, rischiano di obliterare e disconoscere la fondamentale contrapposizione tra le due posizioni di libertà che si fronteggiano in Internet: se si disconosce la centralità di questo conflitto, che attraversa tutte le relazioni che si sviluppano nella rete; se si riduce, insomma, il problema della libertà in Internet alla sola dimensione del confronto tra il potere pubblico e una generica e indifferenziata "libertà della rete", si adotta un punto di vista che non solo rischia di essere poco fecondo, ma che, peggio, rischia di favorire il progressivo svuotamento delle libertà individuali e collettive a favore della "libertà" (*rectius*, del potere) del mercato, in cui si esplicano gli interessi (economici, ma ormai non necessariamente solo economici) dei grandi operatori commerciali della rete⁶.

⁵ Ponendosi, peraltro, in continuità con altre ricostruzioni che enfatizzano la valenza aggregatrice di Internet come strumento di esercizio di libertà collettive, associazione e riunione *in primis*: cfr. sul punto, ad es. A. Pirozzoli, *La libertà di riunione in Internet*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2004, 595 ss., o S. Sassi, *La libertà di associazione nel "nuovo ecosistema mediatico": spunti problematici sull'applicazione dell'art. 18 della costituzione. Il (recente) caso dell'associazione xenofoba on line*, in *Rivista AIC*, 2013, nonché in Aa.Vv., *Da Internet ai social network. Il diritto di ricevere e comunicare informazioni e idee*, Santarcangelo di Romagna, 2013, 91 ss.

⁶ Problemi analoghi si pongono rispetto alla ricorrente enfattizzazione del principio della «neutralità della rete»: principio che assume un senso e un valore ben diverso a seconda che sia invocato a tutela dell'utente o a vantaggio dei grandi operatori c.d. "*over the top*", rispetto ai quali la c.d. *net neutrality* rappresenta solo un aspetto di una guerra commerciale che ben poco ha a che fare con valori come la "apertura" della rete e simili. In questo senso è interessante che, nelle conclusioni di un contributo molto documentato sul principio di neutralità della rete (M. Orofino, *La declinazione della net-neutrality nel regolamento europeo 2015/2120*, cit.), si osservi (p. 25) come, per raggiungere l'obiettivo di «una rete davvero aperta», occorra «innanzitutto prendere coscienza del fatto che l'accesso ai contenuti, ai servizi e alle applicazioni così come la capacità di offrire contenuti, servizi e applicazioni non dipende solo dagli ISP, ma anche da altri attori dell'ecosistema di Internet che operando nel settore dei terminali o dei *software* oppure *over the net* incidono, talvolta molto più in profondità di quanto non faccia un fornitore di servizi

Il tema del conflitto tra la libertà di comunicazione e la libertà economica non rappresenta, in realtà, nulla di nuovo: anche rispetto ai tradizionali mezzi di comunicazione di massa si pone, infatti, il problema del rapporto tra la libertà dell'imprenditore di strutturare l'impresa di comunicazione e la libertà dei soggetti che si avvalgono dell'impresa di comunicazione di massa per esprimere il loro pensiero o per esercitare la libertà di informazione; in altre parole (e lasciando per ora sullo sfondo il tema della posizione dell'utente dell'informazione e del c.d. "risvolto passivo" della libertà di informazione), il problema del rapporto tra la libertà dell'editore e quella dell'operatore professionale dell'informazione ⁷.

Mentre, però, nel sistema dei mezzi di comunicazione di massa tradizionali, quelle che si fronteggiano sono due posizioni per molti aspetti consolidate e ben strutturate (quella del giornalismo professionale, da un lato, quella dell'impresa editoriale dall'altro), con tutto un apparato organizzativo e normativo (si pensi solo alla posizione e al ruolo del direttore responsabile, all'organizzazione professionale, ad un sistema di relazioni sindacali, alla contrattazione collettiva, alla clausola di coscienza, ecc.) il cui compito è appunto quello di mediare e gestire il conflitto, nel nuovo scenario dei *media* digitali appaiono sulla scena soggetti nuovi e non ancora compiutamente strutturati, che si rapportano tra loro con modalità fluide e sfuggenti: sicché, accanto alle figure degli editori "classici" e dei giornalisti, troviamo figure nuove e dall'incerto statuto giuridico, come *social network provider* e motori di ricerca, e anche la figura dell'utente si colora di nuove sfumature, assumendo talora un ruolo attivo (che induce a parlare di *prosumer* e di *citizen journalist*); e tutti questi soggetti entrano in rapporto gli uni con gli altri in una molteplicità di modi diversi, dando vita ad equilibri precari e soggetti a costante ridefinizione.

Insomma, mentre nel rapporto tra giornalista e editore il temporaneo e circoscritto sacrificio della libertà e degli interessi dell'uno o dell'altro poteva trovare molteplici forme di compensazione e mediazione, molteplici punti di equilibrio e di compromesso, del tutto differente – e assai meno strutturato – si presenta il rapporto tra l'utente di un *social network* e il gestore dello stesso, o tra l'amministratore o proprietario di un sito

di accesso, sulla diffusione di determinati dati e sulla disponibilità sostanziale di servizi, applicazioni e contenuti»: i rischi in questo senso sono già ben evidenti, e «riguardano la tendenza alla chiusura dei sistemi operativi dei terminali di rete, la tendenza alla differenziazione nella fruibilità delle *app* a seconda del *market app*, l'impatto degli algoritmi dei motori di ricerca, dei *social network* e delle *app* medesime sulla diffusione delle notizie in rete», tutti ambiti in cui le «scelte imprenditoriali», anche se «non incidono, forse, in maniera diretta sulla *net-neutrality*, come essa è stata finora comunemente declinata», tuttavia «certamente incidono sul grado di apertura della rete, sulle modalità di fruizione dei contenuti presenti *online* e più in generale sull'esercizio in rete di una pluralità di diritti costituzionalmente rilevanti sia di libertà sia di partecipazione politica».

⁷ Anche l'universo dei mezzi di comunicazione di massa tradizionali, infatti, è attraversato dal conflitto tra libertà dell'impresa editoriale (che, nel rapporto con la libertà di espressione del giornalista o dell'utente, si configura anche e soprattutto nella sua dimensione di potere privato) e la libertà di manifestazione del pensiero del singolo (in questo caso, in particolare, del singolo operatore professionale dell'informazione): e a questo riguardo la dottrina si è lungamente impegnata (con diverse impostazioni: v. ad es., da un lato, A. Pace, in A. Pace - M. Manetti, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Bologna – Roma, 2006, 542 ss.; dall'altro, M. Pedrazza Gorlero, *Saggi per un corso di diritto dell'informazione giornalistica*, Padova, 2006, 17 ss.) per rinvenire un punto di equilibrio nel delicato bilanciamento tra la libertà di espressione del giornalista e la libertà della testata di darsi il proprio indirizzo.

o di un *blog* e il motore di ricerca (che decida, magari, di deindicizzarlo), tra il gestore un sito che ospita contenuti generati dagli utenti e l'utente che carica un contenuto di sua produzione: e per impostare un corretto inquadramento giuridico di tali rapporti non si deve perdere di vista la dimensione, spesso marcatamente conflittuale, che contraddistingue la rete e le diverse soggettività che vi agiscono.

È quindi necessario ritornare, brevemente, a quelle ricostruzioni, o forse per meglio dire tendenze, cui si accennava all'inizio, e che come si è detto appaiono accomunate dalla sostanziale rimozione di tale situazione conflittuale.

2. Le letture “neocorporative” o “comunitarie” della rete e dei *social network*: le “comunità” degli utenti di Internet e dei *social network* come “formazioni sociali”

Da qualche tempo, come si è detto, autorevoli costituzionalisti hanno cominciato a teorizzare inedite dimensioni costituzionali della rete, il cui risultato sembra essere soprattutto quello di occultare la natura conflittuale dell'esercizio delle libertà in rete, accreditando una sorta di versione “neocorporativa” del mondo di Internet: il riferimento è a quelle tesi cui si è già accennato, che hanno, di volta in volta, postulato la natura di “formazione sociale” delle “comunità di utenti” della rete nel suo complesso o di singole piattaforme presenti al suo interno, a cominciare ovviamente dai *social network*⁸. Al riguardo (e fermo restando che è semplicemente ovvio che attraverso Internet, *come attraverso ogni altro strumento di comunicazione*, possa darsi vita a forme associative ed esercitarsi la relativa libertà), non è qui il caso di soffermarsi sulle molteplici ragioni che inducono ad esprimere perplessità rispetto a simili ricostruzioni⁹: ci si può limitare ad osservare che entità come la c.d. “comunità di utenti” di Internet o di un *social network* possono definirsi “formazioni sociali” allo stesso modo delle “comunità” di coloro che viaggiano in treno o in auto, che praticano uno sport, che seguono un programma o una serie televisiva; solo a patto, cioè, di accettare una accezione talmente debole ed evanescente del concetto di “formazione sociale” da renderlo buono a tutto (il che, nel mondo del diritto, equivale a dire buono a nulla).

Ciò che qui preme evidenziare, però, sono alcune ulteriori implicazioni di simili ricostruzioni: a cominciare dal fatto, già accennato in apertura, che esse sottendono e accreditano un'idea “comunitaria” e quasi “neocorporativa” della rete.

Si tratta di una visione (presupposta, del resto, anche in molte espressioni di uso comune come “popolo della rete”, “libertà della rete”, ecc.) in cui si perde completamente di vista che ci sono, almeno, due categorie di soggetti nettamente contrapposte sul piano degli interessi, dei bisogni e degli scopi che definiscono la loro presenza in rete e il loro uso della rete: da un lato coloro che forniscono servizi del genere più vario a scopo

⁸ Cfr. *supra*, n. 4; da ultimo, la tesi delle “comunità degli utenti” dei *social network* come “formazioni sociali” è ripresa e sviluppata da M.R. Allegri, *Ubi social ibi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Milano, 2018, 29 ss.

⁹ Sia consentito rinviare, sul punto, a M. Cuniberti, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 273 ss.

di lucro, dall'altro coloro che utilizzano questi servizi per comunicare (riservatamente o meno), offrendo in cambio svariate forme di utilità (un corrispettivo in denaro o, più spesso, i loro dati personali, la loro propensione al consumo, e talora anche il loro lavoro, più o meno creativo, dal video fatto in casa sino alla recensione di un locale o di un prodotto).

Queste due categorie di soggetti *non hanno gli stessi interessi*, quindi tra di loro non esiste alcuna forma di solidarietà, se non quella solidarietà, alquanto artificiosa, che porta a considerare anche il mercato, o l'impresa, come "formazioni sociali"¹⁰: tutte dottrine di cui sembra abbastanza chiara la matrice neocorporativa, per cui, attraverso la costruzione di un'idea fittizia di comunità, si occulta e si dissimula il conflitto che pure esiste, non solo nel mondo di Internet complessivamente inteso, ma anche in quei più circoscritti ambiti rappresentati dalle "comunità degli utenti" dei *social network*¹¹.

Se, infatti, il fine (comunque ancora alquanto generico) di "condivisione", che dovrebbe accomunare gli utenti di una piattaforma *social*, può caratterizzare e individualizzare meglio la relativa "comunità" rispetto a quanto si possa fare per la (del tutto generica) "comunità degli utenti di Internet", anche rispetto ai *social network* non bisognerebbe dimenticare che la natura "sociale" di tali aggregazioni è profondamente condizionata e compenetrata dalla dimensione economico - imprenditoriale della piattaforma: in questa prospettiva, gli utenti di una piattaforma saranno anche una "formazione sociale" (qualsiasi cosa questo voglia dire), ma questa loro dimensione presuppone e implica, indissolubilmente, l'altra dimensione, quella di utenti - consumatori (e, in qualche caso, anche lavoratori e produttori, come ben esprime il neologismo "*prosumer*") che fruiscono di un servizio messo a disposizione da una impresa a scopo di lucro; in primo luogo, quindi, gli utenti di un *social network* sono, appunto, utenti e consumatori (e in qualche caso, contemporaneamente, lavoratori e produttori), e solo in quanto tali, *a posteriori*, potranno (anche) riconoscersi, per quanto possa valere, come membri di una formazione sociale.

Ma – ed è questo il punto centrale - in questa "formazione sociale", che posizione occupa l'operatore commerciale che progetta, costruisce e mette a disposizione la piattaforma?

Si potrebbe obiettare che il gestore della piattaforma non è parte della "formazione sociale", ma è semplicemente colui che mette a disposizione una infrastruttura che la "comunità" utilizza: ma una simile risposta potrebbe andare bene se si ragionasse di associazioni costituite (come è pacifico si possa fare) attraverso una piattaforma informatica, e che usano una piattaforma informatica per lo svolgimento della propria

¹⁰ Non pare del tutto casuale che nel riferirsi al concetto di "formazione sociale" ci si richiami (P. Passaglia, *Internet nella Costituzione italiana*, cit., 39) ad analoghe qualificazioni attribuite al "mercato" (il riferimento è a L. Delli Priscoli, *Mercato e diritti fondamentali*, Torino, 2011, 7 ss.).

¹¹ M.R. Allegri, *op. cit.*, pur esprimendo perplessità sull'idea che possa configurarsi come "formazione sociale" la "comunità degli utenti" di Internet nel suo insieme (per la difficoltà di rinvenire una ragion d'essere comune, un tratto distintivo insomma, che non sia il fine, alquanto generico, dello «sviluppo della personalità», individuato ad es. da Passaglia), ritiene che la categoria della "formazione sociale" potrebbe invece attagliarsi molto meglio alle distinte e (relativamente) più circoscritte comunità "minori" che raggrupparebbero gli utenti di specifiche piattaforme e *social network*: qui, il fine comune sarebbe meglio individuato, rispetto alla generica comunità degli utenti di Internet, nella «condivisione» di informazioni e materiali vari, con modalità diverse da piattaforma a piattaforma.

attività; rispetto all'esercizio della libertà di associazione *online*, infatti, il gestore della piattaforma potrebbe ritenersi del tutto estraneo, non diversamente da come il proprietario di una casa che ospita una associazione può rimanere del tutto estraneo alle attività, all'organizzazione ed agli scopi di questa.

Ma le cose cambiano nel momento in cui si ragiona di una “formazione sociale” costituita da tutti gli utenti di un *social network*, di una situazione, cioè, in cui la stessa (e la sola) iscrizione alla piattaforma implica, già di per sé, l'adesione alla comunità, e l'utilizzo della piattaforma è l'elemento centrale ed unificante che accomuna i membri: se è di questo che si parla, allora non possiamo non renderci conto che, in questo caso, il proprietario – gestore della piattaforma non è affatto un soggetto esterno alla “formazione sociale”, ma ne fa parte e ne definisce, in modo determinante e decisivo, la struttura, l'identità e gli scopi.

In altri termini: se certamente l'oggetto, la finalità, la natura di una associazione non cambia se il proprietario della sede in cui si riunisce le intima lo sfratto o detta delle regole sull'utilizzo dell'immobile (per esempio vietando di svolgere riunioni in orari notturni); se, analogamente, una associazione costituita attraverso un *social network*, e che si avvale di un *social network* per lo svolgimento delle proprie attività, non muta la propria natura e può continuare ad esistere anche abbandonando quella piattaforma e adottandone un'altra, le cose cambiano nel momento in cui il senso e lo scopo della “comunità”, ciò che la tiene insieme, è lo stesso uso della piattaforma: in questo caso, ogni cambiamento delle regole di utilizzo della piattaforma, ogni cambiamento nella sua gestione determina un cambiamento essenziale nella vita, degli scopi, della struttura stessa della comunità.

Non si può quindi evitare, se si tiene fermo all'idea della “comunità degli utenti” di un *social network* come “formazione sociale”, di definire il ruolo che il gestore della piattaforma esplica all'interno della comunità: e da questo punto di vista, l'impostazione “neocorporativa” che sembra fatalmente implicata in questo tipo di ricostruzioni si rivela non solo ideologicamente orientata¹² e sostanzialmente discutibile, ma soprattutto, come ora si vedrà, profondamente ambigua e probabilmente pericolosa per gli esiti cui rischia di condurre in relazione alla garanzia delle libertà dei singoli, nella rete, rispetto al potere privato.

3. (segue) Ambiguità degli esiti cui conduce l'utilizzo della categoria della “formazione sociale” in rapporto alla tutela delle libertà individuali

Se ci si chiede quale sia l'effetto di queste visioni “comunitarie” e in qualche modo “neocorporative” sul rapporto tra l'utente e il fornitore di servizi, l'impressione è quella di

¹² Sotto questo profilo, l'idea che Facebook, con i suoi miliardi di dollari di fatturato, e il singolo utente siano tutti e due parte di una sola “formazione sociale”, è un po' come l'idea secondo cui l'AD di Volkswagen o di FCA e l'ultimo dei dipendenti della stessa società sarebbero, in fondo, entrambi “sulla stessa barca” e accomunati dai medesimi interessi: un'idea che ha avuto molta fortuna, negli ultimi decenni, anche presso la c.d. “sinistra” politica (anche se, forse, non ha fatto propriamente la fortuna della sinistra), ma di cui rimane più che evidente la matrice ideologica.

una profonda ed irrisolta ambiguità.

In termini molto semplificati, infatti, si può dire che, sul piano dei rapporti tra l'individuo che aspira ad esercitare le sue libertà in rete e i titolari dei grandi interessi economici che innervano la rete, le dottrine che predicano la natura di "formazione sociale" delle "comunità di utenti" possono tendere a due esiti contrapposti: a) da un lato, possono essere utilizzate in funzione protettiva dei diritti individuali, nel senso che il riconoscere la natura di formazioni sociali di queste aggregazioni dovrebbe costituire l'impalcatura concettuale per rafforzare la tutela dei "diritti inviolabili" di costoro, appunto, anche "all'interno" delle formazioni sociali; b) dall'altro, possono servire, all'opposto, per rafforzare e legittimare il potere di controllo e di governo della rete dei grandi intermediari: poteri che, per effetto di simili dottrine, subiscono, per così dire, una sorta di trasfigurazione, e vengono rappresentati non già nella loro nuda realtà di espressione di potere economico, ma come frutto, in qualche modo, di un ruolo, di una responsabilità attribuita e riconosciuta dalla stessa "comunità di riferimento", espressione di "autonomia" della "formazione sociale" stessa¹³.

Questa fondamentale ambiguità, peraltro, non solo rischia di rendere abbastanza inutile il ricorso a questo strumentario concettuale, ma soprattutto, ed è quello che più conta, si riflette anche sugli esiti cui finisce per condurre questo tipo di approccio: esiti che, come si vedrà, risultano sostanzialmente restrittivi degli spazi di libertà in rete, non solo, come è ovvio, qualora si aderisca alla lettura che rafforza la legittimazione delle posizioni di potere interne alla "formazione sociale", ma anche qualora si aderisca alla lettura apparentemente più "protettiva" nei confronti del singolo.

Ed infatti, secondo l'impostazione, per così dire, "protettiva", il riconoscere la "comunità degli utenti" come "formazione sociale" dovrebbe fornire una più solida base costituzionale alla tutela dei "diritti inviolabili" del singolo, da proteggere, appunto, come recita l'art. 2 Cost., (anche) all'interno delle «formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», impedendo di considerare la *community* come una sfera di «intangibile autonomia privata»¹⁴: ma se si considera che le posizioni di potere da cui andrebbero preservati e tutelati tali "diritti inviolabili" all'interno delle "formazioni sociali" sono, essenzialmente, posizioni di potere economico, viene spontaneo chiedersi per quale ragione questo inquadramento dovrebbe risultare più efficace, per tutelare i diritti dell'individuo in rete, che non quello che fa riferimento ai limiti dell'iniziativa economica.

In altri termini, ci si potrebbe e dovrebbe chiedere se la tutela dell'individuo in rete non sarebbe possibile anche alla luce dei principi che, ai sensi dell'art. 41 Cost., disciplinano

¹³ La stessa ambiguità caratterizza, specularmente, lo spazio che viene lasciato all'azione dei poteri pubblici: se da un lato la qualificazione come formazione sociale dovrebbe consentire l'intervento dei poteri pubblici per superare la «anomia» che, invece, contraddistingue «naturalmente» la rete (P. Passaglia, *Le formazioni sociali e Internet*, cit., 56), d'altro canto è chiaro che l'argomento è suscettibile di essere capovolto, e che la natura di "formazione sociale" può allo stesso modo essere invocata per difendere uno spazio di "autonomia" che lascia liberi di agire i poteri che si costituiscono – appunto, "autonomamente" – nella rete.

¹⁴ Come osserva M.R. Allegri, *op. cit.*, 35, «proprio grazie all'art. 2 Cost. si giustifica l'azione dei pubblici poteri atta a tutelare i diritti inviolabili dei membri della *community* in caso di lesioni derivanti dall'attività di condivisione di informazioni immanente alla comunità. Ciò che avviene all'interno della *community* non corrisponde a una sfera di autonomia privata intangibile, proprio perché l'art. 2 Cost. esige di tutelare i diritti individuali anche all'interno delle formazioni sociali».

l'esercizio dell'attività economica, prescrivendone l'armonizzazione con l'«utilità sociale», e ponendo come suoi limiti invalicabili la tutela della «sicurezza», della «libertà» e della «dignità umana»: tanto più in quanto, a ben vedere, la tutela fornita dal riferimento all'art. 41 Cost. potrebbe risultare più ampia e più forte di quella fornita dal riferimento all'art. 2, posto che quest'ultimo tutela sì i diritti del singolo all'interno delle formazioni sociali, ma limita tale tutela ai “diritti inviolabili” (qualsiasi cosa ciò voglia dire...) ¹⁵, laddove l'art. 41 sembra tracciare confini molto più ampi alle situazioni giuridiche suscettibili di protezione, facendo riferimento alle più comprensive nozioni di «sicurezza, libertà, e dignità umana», oltre che alla ancor più ampia nozione di «utilità sociale».

Insomma, se il problema è quello di tutelare il singolo utente di Internet nei confronti delle posizioni di potere con cui si confronta in rete (che sono, è bene ripeterlo, essenzialmente posizioni di potere economico), l'art. 41 Cost. dovrebbe fornire uno strumento ben più efficace dell'art. 2: e allora, perché insistere su quest'ultimo?

Le ipotesi che al riguardo si potrebbero avanzare sono molteplici (e forse, per certi versi, anche inquietanti, per non dire desolanti) ¹⁶, ma un loro esame approfondito esula dagli scopi di questo scritto: ciò che preme rilevare, ai limitati fini del discorso che qui si tenta di svolgere, è solo che il riferimento all'art. 2 Cost. in funzione “protettiva” dei diritti del singolo rischia di capovolgersi in un indebolimento della posizione di quest'ultimo, finendo col circoscriverne la tutela ai (soli) “diritti inviolabili”, in nome della “autonomia” delle “formazioni sociali”.

Se, quindi, l'utilizzo della categoria della “formazione sociale” in chiave di protezione del singolo utente della rete finisce, in realtà, con l'approdare ad una tutela inevitabilmente “debole” delle libertà individuali, nella maggior parte dei casi l'utilizzo di tale

¹⁵ Ed infatti P. Passaglia, *Le formazioni sociali e Internet*, cit., 57, citando E. Rossi, *Le formazioni sociali nella costituzione italiana*, Padova, 1989, 201) precisa che l'intervento pubblico a protezione dei diritti in rete dovrebbe ritenersi circoscritto «non ad ogni diritto, ma soltanto a quelli irrinunciabili sia ad opera del soggetto titolare sia da parte dello stato che li tutela».

¹⁶ Inquietante, per non dire desolante, è la sensazione che questa preoccupazione (di considerare le *web communities* come “formazioni sociali” al fine di preservare i diritti dei singoli) sottenda l'idea, più o meno consapevole, che, se invece il sistema venisse letto ed inquadrato secondo le categorie della c.d. “costituzione economica”, nei termini cioè della libertà di impresa e dei suoi limiti, allora non esisterebbero più freni alla capacità del potere economico di comprimere, sino al limite a cancellare del tutto, i diritti e la stessa la personalità individuale: l'idea (o la constatazione, più meno amara a seconda dei punti di vista), insomma, che le disposizioni della c.d. “costituzione economica” del 1948 in materia di (limiti alla) iniziativa economica privata (non solo il c. 3, quindi, - di cui già da tempo si è sostenuta la sostanziale “abrogazione: cfr. F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna 200, 7 ss. - ma anche lo stesso c. 2 dell'art. 41 Cost.) siano ormai del tutto impotenti di fronte al primato del mercato, vera *Grundnorm* della nuova “costituzione economica”. In altri termini, se si accetta l'idea che non esistono di fatto limiti all'operare delle logiche del mercato, allora sembra che l'unica possibilità di difendere i diritti nella rete sia quella di ignorarne la dimensione economica e di enfatizzare una (peraltro alquanto indeterminata) dimensione “sociale” o “umanitaria”: come se, a considerare le dinamiche e i rapporti interni ad un *social network* come dinamiche e rapporti economici (quali essi, peraltro, effettivamente sono), venissero meno gli strumenti giuridici per proteggere le posizioni individuali coinvolte. Da questo punto di vista, peraltro, le dottrine che cercano ad ogni costo di enfatizzare la dimensione “sociale” di queste piattaforme sembrerebbero contenere un elemento di verità (anche se una verità forse un po' amara) in quanto sottendono la consapevolezza che, di fronte all'operare delle logiche del mercato, la dignità e la libertà sono ormai ampiamente recessive, e che la costituzione repubblicana, ormai svuotata del suo contenuto sostanziale e ridotta a mera impalcatura formale, si rivela praticamente impotente di fronte al potere economico, almeno sino a che non sia intaccato un (peraltro imprecisato) “nucleo duro” di “diritti inviolabili”.

categoria finisce per sortire un esito ancora più restrittivo: e in effetti, se guardiamo agli esiti pratici cui queste dottrine finiscono col pervenire, è agevole constatare che si tratta per lo più di esiti che vanno non tanto verso il rafforzamento delle tutele del singolo ma, al contrario, verso un rafforzamento dei controlli, dei limiti, delle restrizioni alle libertà degli individui.

Questa, tendenza, in realtà, riguarda un po' tutte le letture che enfatizzano la dimensione collettiva delle libertà esercitabili in rete, come quelle che ragionano di "libertà di associazione in rete" come qualcosa di strutturalmente diverso dalla "comune" libertà di associazione, o che teorizzano una "libertà di riunione in rete": è significativo, ad esempio, che tra le ipotesi di associazione che vengono richiamate come momenti significativi del riconoscimento giurisprudenziale delle valenze "associative" di Internet, la maggior parte riguardi fattispecie associative di rilievo penale¹⁷; così come è significativo che l'affermazione della "libertà di riunione in rete" (al di là dei problemi pratici che incontra, in relazione all'esigenza di distinguere tra luoghi privati e pubblici e ai connessi obblighi di preavviso) sia utilizzata, alla fine, soprattutto per applicare alle c.d. riunioni virtuali la precondizione della "pacificità" e quindi per invocare lo "scioglimento" (virtuale) delle "riunioni" (virtuali) in cui si incita alla violenza, si fa propaganda terroristica o altro¹⁸.

Non dissimile pare il portato delle letture "neocorporative" o "comunitarie" di cui si è detto, la cui valenza sostanzialmente restrittiva nei riguardi delle libertà individuali è evidente sotto diversi aspetti¹⁹, e soprattutto se ci si sofferma sul rapporto tra l'utente e il fornitore di servizi: in questo ambito, le letture in questione finiscono infatti per rafforzare il potere privato del fornitore di servizi, per lo più sotto le spoglie di una pretesa "responsabilizzazione" dei gestori (in particolare dei *social network provider*), cui viene attribuito un ruolo "sociale" di controllo e moderazione della vita interna della

¹⁷ Già in S. Sassi, *op. cit.*, 120, era evidente il rilievo centrale attribuito ai profili penali del reato associativo in rete, e ulteriori importanti riferimenti giurisprudenziali, sempre nello stesso senso, si rinvenivano ora in M.R. Allegri, *op. cit.*, 43.

¹⁸ Cfr. M.R. Allegri, *op. cit.*, 44 ss., in particolare 50 s.: «è evidente che una riunione *online* non può comportare l'uso di armi materialmente intese, ma può comunque avere carattere non pacifico e tale da turbare l'ordine pubblico: si pensi, ad esempio, al proliferare dello *hate speech* (manifestazione di incitamento all'odio e alla violenza) nei *social network*. Potrebbero allora essere sciolte quelle riunioni virtuali che avvengono con modalità tali da turbare l'ordine pubblico; nel caso di un *social network*, non si potrebbe certo impedire la totalità delle interazioni che avvengono attraverso la piattaforma, ma si potrebbero ostacolare solo quelle aventi carattere non pacifico attraverso strumenti automatici o semi-automatici di filtraggio [...] il tema qui non è tanto quello di preservare la libertà individuale di esprimere il proprio pensiero anche attraverso Internet, quanto quello di porre un argine alla diffusione incontrollata, tramite *social network*, di contenuti che possono recare pregiudizio all'ordine pubblico, quali i discorsi d'odio o le *fake news*». Sulle difficoltà cui va incontro il tentativo di configurare una libertà di riunione in rete, e, ancor di più, sui rischi che ciò comporta per la stessa tenuta della garanzia costituzionale, si vedano, peraltro, le più che condivisibili osservazioni di A. Pace, *Considerazioni preliminari*, in A. Pace - M. Manetti, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit., 2, che opportunamente segnala, tra l'altro, che «prescindendosi dal presupposto della fisica compresenza, si finisce per riaccreditare quel concetto di sicurezza pubblica in senso ideale contro la quale ci si era battuti con successo negli anni '60».

¹⁹ Ad esempio, la limitazione o addirittura l'esclusione dell'accesso (nel caso dei detenuti, anche in assenza di previsioni di legge al riguardo): cfr. P. Passaglia, *Le formazioni sociali e Internet*, cit., 58 ss.): come è stato correttamente notato (M. Betzu, *Interpretazione e sovra-interpretazione dei diritti costituzionali nel cyberspazio*, in *Rivista AIC*, 4, 2012, 3), insomma, la c.d. "sovra - interpretazione" delle libertà nella rete finisce quindi con l'operare in senso illiberale.

comunità²⁰.

Partendo dalla constatazione che in ogni formazione sociale ci sono differenti ruoli, e ci sono soggetti che assumono un ruolo direttivo e i conseguenti poteri e responsabilità, se ne deduce infatti che, nel caso delle c.d. *social network communities* (ma lo stesso discorso, per quanto riguarda la “comunità degli utenti” di Internet in generale, potrebbe farsi in riferimento ai motori di ricerca), questi soggetti sono, appunto, i gestori delle piattaforme: insomma, il costruire le “comunità virtuali”, e in particolare le *social network communities* come “formazioni sociali” tende a legittimare un principio organizzativo che sfocerebbe nell’attribuzione, e nella legittimazione, di veri e propri poteri di “governo” della comunità in capo ai *social network provider*.

Ora, l’osservazione secondo cui la nozione di “formazione sociale” non presuppone l’eguaglianza dei membri, e che ogni formazione sociale vede al suo interno una distribuzione di poteri e responsabilità, è certamente corretta e pienamente condivisibile: quello che invece questa ricostruzione sembra ignorare è che la diversità della posizione dei gestori nei *social network* (come quella di tutti i grandi intermediari rispetto alla rete in generale) non affonda le sue radici nella “autonomia” della “formazione sociale” rappresentata dalla *social network community*, non deriva insomma da una qualche sorta di “riconoscimento” da parte della “comunità degli utenti”, ma ha origine e natura squisitamente proprietaria: il gestore della piattaforma non ha una posizione diversa da ogni altro utente in virtù di un principio organizzativo in qualche modo condiviso dai membri della comunità stessa, ma in virtù del fatto che è il proprietario della piattaforma.

L’impianto dei *social network*, e più in generale della quasi totalità delle piattaforme digitali, è un impianto di tipo proprietario e privatistico: è incentrato sulla proprietà, del codice, dell’algoritmo, dell’infrastruttura, del sito, e via dicendo; conseguentemente, la logica che governa le piattaforme digitali è una logica privatistica e proprietaria. In ciò non vi è nulla di male, sino a che si ragiona, come è corretto ragionare, di imprese, di relazioni economiche e di modelli di *business*: il problema sorge quando, invece, queste strutture vengano presentate come “comunità” o “formazioni sociali”; con il che, inevitabilmente, si finisce col sovrapporre i due piani, e col sovraccaricare di indebite funzioni e responsabilità “sociali” quella che in realtà è già una *posizione di forza*, ma lo è in base a considerazioni (e nel contesto di relazioni) squisitamente economiche e commerciali.

Il gestore, del resto, non può essere considerato alla stregua di un semplice membro

²⁰ Da ultimo, questo aspetto è riconosciuto con molta chiarezza in M.R. Allegri, *op. cit.*, 35, dove la differente posizione occupata, all’interno della *community*, dai gestori e dagli utenti viene ricondotta a una modalità organizzativa della comunità stessa (in cui, come in ogni formazione sociale complessa, ci sono posizioni apicali e posizioni di base), e si traduce quindi in una forma di legittimazione del potere dei gestori, dei *provider*, sulla comunità che – di fatto – governano: «la nozione di formazione sociale, infatti, non presuppone affatto che tutti i suoi membri siano posti sullo stesso piano. Al contrario, quanto più una formazione sociale è dotata di un’organizzazione stabile, tanto più si avverte l’esigenza di suddividere le funzioni al suo interno, prevedendo un potere di comando che detta le norme di comportamento legate ai fini associativi ed eventualmente faccia valere sanzioni nei confronti di chi viola la disciplina di gruppo; quindi non tutte le parti godono di analoghe sfere di libertà: talune si trovano in posizione dominante e altre in posizione più debole. Il *social network provider*, dunque, è membro costitutivo – anzi, indispensabile – della formazione sociale, ed è tenuto al pari degli altri membri al rispetto dei diritti individuali di tutti gli aderenti».

della *community* degli utenti, sia pure collocato su una posizione diversa dagli altri, se non altro perché la finalità che lo determina non è quella, propria di ogni altro membro della *community*, di condividere informazioni: anzi, probabilmente il suo interesse è proprio l'opposto, quello cioè di condividere il meno possibile, e piuttosto di appropriarsi delle informazioni che gli utenti immettono in rete. Essendo la sua posizione strutturalmente diversa e contrapposta rispetto a quella degli utenti, il gestore non si trova nella posizione differenziata che occupa in virtù di una forma di auto – organizzazione della comunità, ma esclusivamente in virtù della sua posizione di proprietario - imprenditore: se si eccettuano alcune situazioni assolutamente particolari, su cui occorrerebbe fare un discorso a parte²¹, nella stragrande maggioranza dei casi la posizione differenziata del gestore non corrisponde affatto ad un “ruolo” che ad esso sia attribuito o riconosciuto dalla “comunità” degli utenti, ma discende molto più semplicemente e brutalmente dalla sua posizione di proprietario della piattaforma, e cioè dalla sua posizione di potere economico e contrattuale nella relazione commerciale con gli utenti. In conclusione, se da un lato pare evidente che l'ecosistema di Internet è caratterizzato da profonde disuguaglianze, rispetto alle quali si pone un problema di contenimento e limitazione del potere privato, d'altro lato dottrine come quelle che fanno ricorso alla nozione di “formazione sociale” (non diversamente da quelle che enfatizzano presunti “nuovi diritti”, come il diritto di accesso, o principi come quello della *net neutrality*) rendono altrettanto evidente come l'apparato concettuale che i costituzionalisti hanno finora tentato di sviluppare per inquadrare la rete e i suoi protagonisti non sia di grande aiuto nell'affrontare questo ordine di problemi: in particolare, tali tesi, proponendosi l'obiettivo di una “responsabilizzazione” in chiave “comunitaria” e “sociale” dei *social network provider*, finiscono in realtà con l'andare nella direzione opposta, fornendo un surplus di legittimazione “sociale” a posizioni di potere economico già piuttosto importanti, e giocando, così, nel senso di un rafforzamento, anziché di un ridimensionamento, dei poteri economici nello scenario della rete.

Da quanto si è sin qui tentato di argomentare dovrebbe risultare sufficientemente chiaro come, per affrontare un ragionamento su potere e libertà nella rete, non si possa che muovere dal presupposto che non esiste una “libertà della rete”, dal momento che nella rete si confrontano interessi divergenti, e che la libertà degli utenti è una libertà condizionata dalla struttura economica e dagli interessi economici dei grandi operatori che detengono il controllo e operano lo sfruttamento economico delle piattaforme di comunicazione (dai gestori dei *social network* sino ai motori di ricerca che consentono il reperimento di notizie, informazioni e contenuti vari): sicché, anziché di un'unica e indistinta libertà della rete, si deve ragionare di molteplici e differenti libertà (e poteri) che si confrontano *nella* rete²², in un gioco che si articola sulla triangolazione tra l'uten-

²¹ Si può pensare ad es. a una piattaforma come *Wikipedia*, che tende, se non ad essere, quanto meno a presentarsi come una esperienza partecipativa in cui i diversi ruoli non sono frutto di posizioni proprietarie o di potere economico, ma del riconoscimento di una “comunità” di utenti: ma si tratta, come è evidente, di una assoluta eccezione (sulle caratteristiche organizzative delle c.d. “comunità di creazione”, e di *Wikipedia* in particolare, v. M.F. Morell, *La partecipazione nelle comunità di creazione online. Partecipazione come eco-sistema? I casi d'Openesf.net e Wikipedia*, in *Pol. Dir.*, 2010, 515 ss.).

²² Del resto, parlare di libertà della rete appare non solo sbagliato, ma anche pericoloso, nel momento in cui è sempre più evidente che la rete è (anche) una enorme struttura di controllo sociale e di

te, i grandi intermediari e il potere pubblico. La dialettica di potere e libertà in rete deve quindi essere affrontata sui due distinti versanti del rapporto con il potere privato degli intermediari e del rapporto con il potere pubblico.

4. Libertà in rete e potere privato: tra la fine del mito della neutralità del *provider* e il rischio della censura privata.

Sul versante del rapporto tra libertà individuali e posizioni di potere privato dei grandi intermediari, il dato da cui si può partire è la constatazione del progressivo, e forse ormai definitivo abbandono del mito della neutralità del *provider*: i segnali che si sono moltiplicati negli ultimi anni²³ sembrano accreditare l'idea che sia ormai inevitabile un più intenso coinvolgimento di alcuni grandi intermediari nel contrasto alle attività illecite in rete.

Ciò non dovrebbe più di tanto preoccupare, dal momento che si tratta, in fondo, di un approccio realistico, che parte dalla ovvia ed elementare constatazione che non solo i gestori intervengono sempre (se non nella produzione e sulla selezione, quanto meno) sulle *modalità* con cui i contenuti sono veicolati e diffusi in rete, ma, soprattutto, che *nulla ha mai impedito, né impedisce tuttora, a tali soggetti di intervenire anche direttamente sui contenuti*, di esercitare forme di controllo preventivo con modalità più o meno automatizzate, ed infine di rimuoverli, di propria iniziativa o su richiesta dell'interessato o di altri utenti. Piuttosto che insistere nella riproposizione del mito, sempre più anacronistico e lontano dalla realtà, della neutralità del *provider*, quindi, appare senza dubbio più pragmatico prendere atto dell'esistenza di una posizione di potere privato, riconoscerlo e provare, per quanto possibile, a regolamentarlo: d'altra parte, sorge però l'esigenza di evitare che il coinvolgimento dei grandi intermediari nel contrasto alle attività illecite *online* si traduca in un ulteriore rafforzamento della posizione di potere di cui tali soggetti già godono; di evitare, quindi, che il riconoscimento di un ruolo del gestore della piattaforma nell'azione di contrasto alle attività illecite *online* finisca col portare a legittimare forme di censura privata²⁴.

manipolazione, in cui gli utenti, mentre coltivano l'illusione di partecipare mettendo in rete pensieri, opinioni ed emozioni, vengono espropriati di sé stessi, e la loro identità viene messa a profitto e ridotta a merce; sicché, anche l'illusione dello «sviluppo della personalità» di cui si alimenta il richiamo all'art. 2 Cost. rischia di tradursi, neppure tanto paradossalmente, nella negazione della personalità stessa.

²³ Di cui è impossibile in questa sede effettuare una compiuta rassegna: ci si può limitare ad indicare, in via puramente esemplificativa, i segnali che vengono dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE (a cominciare dalle sentenze sui casi *Google Spain*, C-131/12 e *Pirate Bay*, C-610/15) e dalla giurisprudenza interna (come la pur ondivaga giurisprudenza sul c.d. "*hosting attivo*", o pronunce su singole vicende come, da ultimo, quella del tribunale di Napoli sul caso Cantone), o l'intensificarsi degli sforzi che gli stessi grandi intermediari pongono in essere per affrontare problematiche come quelle del contrasto all'*hate speech* o alla disinformazione in rete.

²⁴ Non vi è dubbio che l'imposizione ai *provider* di veri e propri obblighi di controllo realizzerebbe una forma di censura: non sembra infatti invocabile, in questo caso, quanto è stato ritenuto sia dalla Corte costituzionale (30 giugno 1960, n. 44) sia dalla Corte EDU (sez. II, 24 settembre 2013, *Belpietro c. Italia*, ric. 48898/99) con riferimento all'obbligo di controllo del direttore responsabile, dal momento che il controllo effettuato da un giornalista su altri giornalisti nell'ambito di una impresa editoriale è ben altro

Un ragionevole punto di equilibrio può essere rinvenuto nella tendenza a privilegiare, sia rispetto al ricorso a strumenti repressivi sia rispetto all'imposizione di (inesigibili) obblighi di sorveglianza, procedure alternative che coinvolgano in prima battuta gli operatori, come quelle c.d. di *notice and take down*, che possano portare a configurare un obbligo di rimozione di contenuti a richiesta dell'interessato: qualche segnale in questo senso sembra potersi rinvenire sia nella recente legge italiana (n. 71 del 2017) sul "cyber bullismo"²⁵, sia nella legge tedesca sui *social network* approvata nell'autunno scorso²⁶. Simili procedure (che forse sarebbe più corretto definire di "intervento su richiesta") possono rappresentare una soluzione praticabile, a condizione, però, di non sottovalutarne le numerose criticità, ben evidenziate, ad esempio, dalle incertezze nella giurisprudenza sul c.d. "hosting attivo", e anche in alcuni errori di prospettiva nella valutazione della portata della sentenza *Google Spain*: ed infatti, anche una volta esclusa l'esistenza di un obbligo generale di sorveglianza, e circoscritto il coinvolgimento del *provider* all'obbligo di rimozione su richiesta o segnalazione dei privati (dell'interessato o di altri utenti), i problemi sono tutt'altro che risolti.

In primo luogo, se non c'è dubbio che l'obbligo di rimozione non può che conseguire ad una segnalazione dell'interessato o di altro utente (dovendosi quindi escludere l'imposizione di obblighi generali di sorveglianza), d'altro canto non si può eludere il problema per cui, proprio in ragione dell'assenza di un obbligo generale di sorveglianza, la rimozione di un singolo contenuto o di più contenuti comunque identificati nella segnalazione potrebbe rivelarsi una misura del tutto inefficace, considerata la "virilità" che contraddistingue la disseminazione dei contenuti *online*, e l'estrema facilità

dal controllo di una impresa privata che non ha (almeno non in via prevalente) natura editoriale, esercitato in forma capillare ed estensiva e finalizzato non già a mantenere l'indirizzo e l'identità editoriale di una testata, ma al monitoraggio indifferenziato dell'attività di manifestazione del pensiero di singoli cittadini, comunità di utenti, operatori professionali dell'informazione. Sul rischio della c.d. *collateral censorship* (particolarmente evidenziato nella *dissenting opinion* dei giudici Sajo e Tsotsoria alla sentenza della Corte EDU del 2015, *Delfi c. Estonia*, ric. 64569/09) v. M. Balkin, *Old School/New School Speech Regulation*, in *Harvard Law Review*, 2014, n. 127, 2311; sulla "censura privata" v. anche M. Bettoni, *Profilo giuridico della privatizzazione della censura*, in *Cyberspazio e diritto*, 4, 2014, 363 ss. Sul problema del "filtraggio" dei contenuti da parte dei *provider*, v. anche la giurisprudenza della Corte di giustizia UE, in particolare i casi *Sabam* (C-70/10 del 2011) e *Netlog* (C-360/10 del 2012).

²⁵ Nonostante le numerose, immancabili pecche sul piano della tecnica normativa (evidenziate ad es. da M. A. Senior, *Un primo commento alla legge sul cyber bullismo*, in *questa Rivista*, 2017, 174 ss.), a partire dalla stessa definizione di "cyber bullismo" fino alla individuazione dei soggetti tenuti alla rimozione (che determina una situazione di incertezza sulla stessa applicabilità della disciplina ai gestori di *social network*), la legge si segnala positivamente per l'abbandono del tradizionale approccio repressivo e censorio. In particolare, l'art. 2 della legge, intitolato «tutela della dignità del minore», prevede la possibilità da parte della vittima (o del genitore o esercente la potestà) di «inoltrare al titolare del trattamento o al gestore del sito Internet o del social media un'istanza per l'oscuramento, la rimozione o il blocco di qualsiasi altro dato personale del minore, diffuso nella rete Internet», anche se non costituente reato, e, in caso di mancato riscontro entro 24 ore dal ricevimento dell'istanza, e di mancata ottemperanza entro 48 ore, la possibilità di «rivolgere analoga richiesta, mediante segnalazione o reclamo, al Garante per la protezione dei dati personali, il quale, entro quarantotto ore dal ricevimento della richiesta, provvede ai sensi degli articoli 143 e 144 del citato decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196».

²⁶ La cui traduzione italiana, a cura di G. Giannone Codiglione, può leggersi in *questa Rivista*, 2017, 185 ss.; sulla *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* v. M. Bassini - G. E. Vigevari, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in *questa Rivista*, 2017, 11 ss.; G. De Gregorio, *The market place of ideas nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati online?*, *ivi*, 91 ss.; F. Pizzetti, *Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura*, *ivi*, 48 ss.

della loro riproduzione, con la conseguente possibilità che il contenuto rimosso venga immediatamente ripubblicato da altro indirizzo, o magari addirittura con altro identificativo.

E' chiaro, insomma, che se da un lato un *obbligo di rimozione*, per essere realmente efficace, dovrebbe accompagnarsi a un *divieto di ripubblicazione*, dall'altro un simile divieto, o viene affidato a strumenti automatizzati che riescano ad individuare e a segnalare quel determinato contenuto (e soltanto quello), indipendentemente da cambiamenti che possano essere stati operati nel nome del file, nella sua estensione, dimensione, ecc., oppure postula un obbligo di controllo generalizzato, sia pure *a posteriori*, e sia pure finalizzato solo all'individuazione e al blocco di quegli specifici contenuti.

Un altro problema non da poco è rappresentato dalla necessità di individuare il momento in cui il *provider* consegue l'effettiva conoscenza dell'illiceità del contenuto: posto che l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza implica che il *provider* non possa considerarsi responsabile se non sia effettivamente a conoscenza dell'illiceità del contenuto, è chiaro che ci sono contenuti la cui illiceità può essere agevolmente constatata *prima facie*, senza richiedere particolari approfondimenti, e contenuti il cui carattere illecito non è autoevidente, ma richiede accertamenti che possono a loro volta implicare la necessità di utilizzare conoscenze giuridiche specialistiche (in questo caso, resta anche da chiedersi se valutazioni di questo tipo possano essere demandate, sia pure in prima battuta, ad un soggetto privato come il *provider*).

Ancora, e soprattutto in questo ultimo caso, ci si deve chiedere se nell'accertamento dell'illiceità del contenuto debba essere coinvolto anche colui che lo ha pubblicato in rete (responsabile del sito, titolare di *blog* o utente di *social network*): proprio nei casi in cui l'illiceità non sia auto evidente, infatti, non dovrebbe ammettersi che l'accertamento dell'illiceità del contenuto sia demandato esclusivamente all'interazione tra il soggetto che richiede la rimozione e il gestore della piattaforma.

A questo proposito, a fronte di soluzioni piuttosto sbrigative e disinvolute che talora si propongono anche sulla base di una lettura approssimativa ed imprecisa della sentenza *Google Spain*²⁷, più equilibrata sembra la strada intrapresa dalla legge tedesca cui

²⁷ Il fatto che, nella sentenza *Google Spain*, il responsabile della pubblicazione sia escluso dal procedimento che porta alla rimozione del *link* dai risultati della ricerca, e non abbia alcuna possibilità di impugnare una eventuale decisione di accoglimento, si giustifica solo in ragione del carattere per così dire "minimale" della tutela accordata dalla sentenza della Corte di giustizia: il contenuto, infatti, non solo non è rimosso dalla rete, ma continua a essere reperibile anche dallo stesso motore di ricerca, e ciò rispetto a cui la sentenza fornisce tutela è solo quella anomala, e per molti aspetti rudimentale e imprecisata forma di "profilazione" che si effettua nel momento in cui, per acquisire sommarie informazioni su qualcuno, digitiamo in un motore di ricerca il suo nome o cognome. Inoltre, e su questo la sentenza è chiara, l'accoglimento della richiesta di deindicizzazione non presuppone affatto l'accertamento dell'illiceità del contenuto, che deve essere rimosso non perché falso o lesivo di diritti, ma semplicemente perché l'interessato ne desidera l'oblio, decorso un certo periodo di tempo. Queste due considerazioni possono, forse, giustificare il fatto che il responsabile della pubblicazione non debba essere coinvolto, così come il fatto che al gestore del motore di ricerca sia richiesta una valutazione del tutto prodromica e superficiale, che non può e non deve spingersi neppure a valutare la verità o il carattere diffamatorio o lesivo della notizia. Qualora l'intervento di rimozione fosse più incisivo, o richiedesse valutazioni più complesse rispetto a quella del tutto superficiale compiuta da Google a fronte della richiesta di deindicizzazione, allora nel procedimento dovrebbe certamente essere coinvolto anche il responsabile effettivo della pubblicazione, cui dovrebbe essere consentito controbattere e anche impugnare l'eventuale decisione di accoglimento, esattamente come è consentito all'interessato. Va da sé che questo postula, se non l'affermazione esplicita, quanto meno un passo significativo verso l'affermazione di una sorta di "diritto

si è accennato, che demanda ai gestori di individuare procedure le quali prevedano che vengano informati della decisione adottata, oltre ai «soggetti che hanno inoltrato la segnalazione», anche «gli utenti che hanno pubblicato il contenuto oggetto di contestazione»²⁸: anche se resta da chiedersi se, specie laddove l'illiceità del contenuto sia controversa, non sarebbe più opportuno che il soggetto che ha pubblicato il contenuto contestato sia ammesso a contraddire sin dalla fase iniziale della procedura.

Infine, un ultimo rischio che deve essere considerato è quello che l'imporre ai *provider* di dotarsi di strutture complesse per gestire le richieste di rimozione finisca col generare forti effetti anticoncorrenziali, contribuendo ad aggravare ulteriormente l'assetto pressoché monopolistico che connota i diversi mercati dei servizi *online*: ma peggio ancora, e in ultimo, è lo scenario in cui due dei problemi cui si è accennato (il rischio della censura privata e quello delle distorsioni anticoncorrenziali) finiscono per sovrapporsi, dando luogo a decisioni di rimozione dettate da considerazioni economiche e commerciali (relative, ad esempio, alla posizione o alle condizioni economiche del soggetto che effettua la segnalazione) piuttosto che da un obiettivo apprezzamento sulla illiceità del contenuto stesso.

Si tratta, come è chiaro, di problemi tutt'altro che di agevole soluzione, ma si possono forse immaginare alcune indicazioni di massima per impostare una riflessione al riguardo.

In primo luogo, sembra evidente che occorre abbandonare la generica e ormai insoddisfacente definizione di *Internet service provider*, e la tripartizione di *hosting*, *caching* e semplice trasporto contenuta nella direttiva sul commercio elettronico, tripartizione che non è in grado di cogliere efficacemente le peculiarità che contraddistinguono i soggetti che oggi dominano la scena (a cominciare da motori di ricerca, *social network* e siti che ospitano *user generated contents*): a questo proposito, sarebbe però anche opportuno evitare di introdurre nuovi termini e concetti, a loro volta fonte di ulteriori problemi definitivi²⁹, e cercare invece di definire meglio i concetti giuridici - e il relativo regime - corrispondenti ai termini oggi di uso corrente, come appunto *social network* o "motore di ricerca". Sempre per quanto attiene alla esigenza di ridefinire la figura e i compiti del *provider*, non si può, poi, non tenere conto anche della dimensione economica, territoriale e personale di tali soggetti: non è assolutamente accettabile che vengano sottoposti alle stesse regole il piccolo imprenditore che effettua limitati servizi di *hosting* e i grandi intermediari c.d. *over the top* che operano a livello globale, con fatturati che equivalgono al bilancio di uno stato di medie dimensioni; l'esigenza di effettuare una differenziazione di ordine, per dire così, dimensionale, cioè attinente alla dimensione economica (dell'azienda, del suo fatturato, del suo mercato) è del resto anche imposta da un'esigenza di ripristino di un minimo di equilibrio concorrenziale³⁰.

ad essere indicizzati" che finisce col mettere in discussione l'assioma dell'assoluta segretezza dell'algoritmo di ricerca e delle sue modifiche.

²⁸ Art. 3, n. 9, della legge.

²⁹ Come, ad esempio, quello di «piattaforme informatiche destinate alla diffusione *online*» utilizzato nel disegno di legge A.S. 2688 della XVII legislatura (Gambaro e altri), o quello del tutto generico di «gestore di sito Internet» utilizzato nell'art. 1, c. 3, della recente legge n. 71 del 2017 sul c.d. "cyber bullismo".

³⁰ Anche sotto questo profilo, sembrerebbe da valutare positivamente la scelta della legge tedesca approvata nell'autunno scorso, che oltre a dare (§1) una definizione di *social network*, (individuati nei

Ancora, occorre definire procedure che diano spazio e possibilità di intervento a tutti i soggetti coinvolti: non solo l'interessato (o, se non coincide con questi, il segnalante) e il *provider*, ma anche l'utente, l'autore, l'editore, insomma colui che ha immesso in rete il contenuto di cui si discute: tenendo conto, peraltro (e questo rappresenta un ulteriore profilo problematico), che, specie nell'universo dei *social media*, quest'ultimo potrebbe anche non essere un solo soggetto, ma una "catena" di soggetti che hanno condiviso e contribuito a diffondere una notizia³¹.

Ciò detto, resta poi un ultimo, grande problema di fondo: chi detta le regole per questo tipo di procedure? È preferibile un intervento legislativo, che definisca un quadro di regole identico per tutti gli operatori, oppure il legislatore potrebbe limitarsi a indicare alcune linee generali e lasciare poi agli stessi operatori il compito di adattare alle proprie specificità, sottoponendo poi i relativi atti di autoregolamentazione al controllo di apposite autorità amministrative?

Anche se il ricorso a strumenti di autoregolamentazione quali "codici di condotta", codici di "buone pratiche" e simili ha ormai assunto dimensioni impressionanti, e forse in alcuni ambiti rischia di essere sopravvalutato, in questo caso occorre probabilmente ammettere che la scelta più opportuna, in considerazione delle profonde differenze esistenti in concreto tra le situazioni ed i soggetti da regolare, potrebbe essere proprio quella di coinvolgere gli stessi operatori nella definizione delle regole e delle procedure da seguire.

Anche sotto questo profilo, sembrerebbe dunque apprezzabile la scelta del legislatore tedesco, che non pretende di individuare un procedimento uguale per tutti, ma obbliga i gestori a stabilire delle regole, comunicarle alle autorità e riferire sulla loro applicazione, limitandosi a stabilire alcune linee generali: tra le quali, come si è ricordato, l'esigenza di coinvolgere l'effettivo autore e responsabile della pubblicazione del contenuto *online*.

Insomma, le procedure di rimozione, o *notice and take down* che dir si voglia, rappresentano probabilmente uno strumento imprescindibile, oggi, anche per evitare di sovraccaricare le istanze giurisdizionali ed amministrative, a condizione che vengano introdotte con ponderazione, con adeguata considerazione delle peculiarità dei diversi mezzi, e senza la pretesa che possano rappresentare la soluzione di ogni problema.

Soprattutto, ciò che occorre evitare, nell'inquadrare le molteplici figure di *provider* affermatesi a partire dall'avvento del c.d. *web 2.0*, è di cadere nell'alternativa secca tra la

"fornitori di servizi di telecomunicazione che per scopo di profitto gestiscono piattaforme Internet progettate per permettere agli utenti di condividere qualunque tipo di contenuto o di renderlo accessibile al pubblico") ha poi introdotto un limite (di 2 milioni di utenti registrati) al di sotto del quale il social network è dispensato dagli obblighi imposti dalla legge.

³¹ Per inciso, il tema del coinvolgimento dei responsabili si sovrappone anche a quello dell'anonimato: fermo restando che una garanzia assoluta di anonimato non sembra potersi ammettere (al riguardo, sia consentito rinviare a M. Cuniberti, *Democrazie, dissenso politico e tutela dell'anonimato*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, 110 ss.), la scelta di mantenere l'anonimato fatica, ovviamene, a conciliarsi con l'esigenza di partecipare al procedimento attraverso cui si accetta l'illiceità del contenuto in rete; sicché, anche qualora si immaginasero meccanismi atti a conciliare le due esigenze, tali meccanismi potrebbero comunque operare solo entro certi limiti, superati i quali il mantenimento dell'anonimato non potrebbe che essere "pagato" con il "prezzo" rappresentato dalla impossibilità di partecipare e di interloquire nel procedimento finalizzato alla rimozione, o, all'opposto, l'esigenza di contraddire verrebbe "pagata" con la rinuncia all'anonimato.

figura del mero fornitore neutrale di servizi (ciò che queste figure, per le ragioni cui si è accennato, non più sono ormai da tempo) e quella dell'editore, con le relative responsabilità: tale alternativa è impropria e mal posta, in quanto esclude che possa esistere una via di mezzo, in cui, pur non riscontrandosi una responsabilità editoriale in senso proprio, si riconosce l'esistenza di una posizione di potere privato, cui non possono non accompagnarsi ragionevoli obblighi e responsabilità, in particolare obblighi di collaborazione per il contrasto alle attività illecite.

5. Libertà in rete e potere pubblico: regolazione del mezzo v. controllo sui contenuti.

Se dal rapporto tra le libertà e i poteri privati si passa a quello con i poteri pubblici, un primo dato che emerge (anche se non mancano segnali in controtendenza) sembra costituito da una crescente consapevolezza della inutilità della intensificazione del ricorso alla sanzione penale (o all'aggravamento delle sanzioni penali esistenti) come strumento per contrastare le attività illecite o pericolose *online*.

Ciò non significa, però, che la tendenza all'uso (e all'abuso) di strumenti penalistici sia del tutto scomparsa: oltre a riaffiorare, periodicamente, all'interno di progetti di legge finora (fortunatamente) mai arrivati in porto³², essa riappare anche nelle frequenti occasioni in cui l'utilizzo di Internet nel compimento di un illecito viene considerato dal legislatore come una aggravante rispetto a reati esistenti³³; in cui, in sostanza, una determinata attività, solo perché svolta attraverso strumenti informatici o telematici, viene considerata più pericolosa o socialmente dannosa della stessa attività svolta mediante strumenti differenti.

Questa tendenza suscita non poche perplessità, almeno quando l'attività in questione consista nella diffusione di notizie o di opinioni, che dunque verrebbe punita più severamente quando si avvalga di strumenti informatici o telematici piuttosto che di altri mezzi di pubblicità, ad esempio i *mass media* tradizionali.

Deve essere chiaro che ciò di cui qui si discute non è che venga attribuito rilievo alla maggiore lesività che comporta l'uso di un mezzo di pubblicità: se così fosse, saremmo nell'ambito di qualcosa di consolidato e abbastanza pacifico (basti pensare alle aggravanti della diffamazione)³⁴. Ciò di cui si discute, è, invece, la pretesa di attribuire un connotato di maggiore lesività all'uso di strumenti informatici e telematici *in sé e per sé considerato*, indipendentemente dall'idoneità a raggiungere un numero maggiore o mi-

³² A cominciare dal già citato disegno di legge A.S. 2688 (Gambaro e altri) presentato alla fine della XVII legislatura.

³³ Si possono menzionare, a titolo esemplificativo, l'art. 612 – *bis*, c. 2, c.p., sul c.d. *stalking* (come modificato dal d. l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito con modificazioni in l. 15 ottobre 2013) o l'art. 414, c. 3 e 4, c.p., sulla istigazione a delinquere o l'apologia di delitto (come modificati dall'art. 2, c. 1, lett. b), n. 2), del d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, convertito, con modificazioni, nella l. 17 aprile 2015, n. 43).

³⁴ Peraltro, proprio il riferimento alla diffamazione evidenzia un ulteriore, specifico profilo di irragionevolezza di tali aggravanti, dal momento che la diffamazione, esattamente all'opposto di quanto avviene in questi casi, è tuttora punita più severamente se avviene «a mezzo stampa» (art. 13 della l. 8 febbraio 1948, n. 47) che con «altro mezzo di pubblicità» (art. 595, c. 3, c. p.).

nore di utenti: così, per esemplificare, lo stesso reato finirebbe con l'essere sanzionato più severamente se commesso attraverso un *blog* frequentato da una decina di utenti che attraverso la trasmissione di un canale televisivo nazionale o un grande quotidiano. Non sembra potersi invocare, a favore di tale maggiore severità, l'argomento³⁵ secondo cui la stampa, e in generale l'informazione veicolata attraverso i *mass media* tradizionali, è già presidiata da una serie di meccanismi e controlli "interni" (dalla responsabilità – e relativi poteri di controllo – del direttore e dell'editore, sino ai poteri disciplinari dell'Ordine) che ne limitano gli eccessi, ne prevengono o correggono gli errori, agevolano l'individuazione di un responsabile, che insomma dovrebbero limitare e contenere il rischio di illeciti, mentre, invece, la manifestazione del pensiero *online*, pur potendo astrattamente raggiungere un numero di destinatari anche superiore a quello dei *mass media* tradizionali, non presenta simili meccanismi di controllo e moderazione, che consentano di ridurre il rischio di illeciti.

Questo, infatti, potrà anche essere vero³⁶, ma non si vede come possa giustificare un diverso trattamento sanzionatorio, che può essere giustificato solo a partire dalla maggiore gravità e lesività di una condotta, non dalla maggiore difficoltà a controllarla, prevenirla, accertarla e reprimerla.

La ragionevolezza di una simile scelta appare, quindi, quanto meno discutibile: non solo perché, in sé, l'uso delle tecnologie informatiche o telematiche può consentire di raggiungere moltissime o pochissime persone, in dipendenza di una pluralità di fattori, sicché non rappresenta in alcun modo un indice della maggiore o minore diffusività, e quindi lesività, della condotta sanzionata; ma anche perché, oggi, l'integrazione tra *mass media* tradizionali e nuovi *media* è tale che una notizia diffusa attraverso i primi è con ogni probabilità destinata ad essere ripresa e amplificata dai *social* e dai *media* digitali, e viceversa.

Si comprende agevolmente, quindi, come non abbia alcun senso attribuire rilievo all'uso di una o altra tecnologia trasmissiva ai fini di determinare l'illiceità, o la maggiore o minore severità del trattamento sanzionatorio di una condotta riconducibile alla diffusione di notizie o opinioni.

³⁵ Adombrato in qualche modo nella relazione di accompagnamento del già citato disegno di legge A.S. 2688 (Gambaro e altri), che abbonda di previsioni in cui il comportamento sanzionato, consistente nella diffusione di notizie o in altre forme di manifestazioni del pensiero, è punita esclusivamente (o in maniera più grave), se avviene attraverso piattaforme telematiche.

³⁶ La Corte EDU, ad es., ha ammesso che le differenze che intercorrono tra Internet e la stampa possano giustificare differenze di trattamento relativamente alla «riproduzione di materiali dalla stampa e da Internet»: in particolare, la sentenza *Editorial Board of Pravoye Delo e Shtetel c. Ucraina*, del 5 maggio 2011 (ric. 33014/05), giustifica tali possibili differenze di trattamento sulla base della considerazione che «*the risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press*»: pertanto «*the policies governing reproduction of material from the printed media and the Internet may differ*». Va detto, peraltro, che il caso riguardava la condanna per diffamazione di alcuni giornalisti che avevano ripreso delle notizie reperite su Internet, in presenza di una legislazione che, nella medesima situazione, escludeva la responsabilità di chi avesse ripreso analoghe notizie dalla stampa, e che la Corte, all'esito del giudizio, dichiara la violazione dell'art. 10, ritenendo che la mancanza di una disciplina che preveda analoghe forme di esenzione anche per chi riprende notizie dalla rete facesse venir meno il presupposto della previsione con legge della misura richiesto dall'art. 10, par. 2, CEDU (cenni analoghi si rinvencono anche in *Stoll c. Svizzera* del 10 dicembre 2007, ric. 69698/01, e *KU c. Finlandia* del 4 dicembre 2008, ric. 2872/02).

In realtà, l'indubbia differenza che esiste tra i tradizionali *mass media* e i c.d. nuovi *media* digitali riguarda, come si è accennato, non già la gravità dell'illecito in sé, ma la difficoltà di prevenirlo, accertarlo e sanzionarne i responsabili: ma se è così, la differenza dovrebbe condurre, ragionevolmente, all'elaborazione di regole relative non già al trattamento giuridico dei contenuti, bensì all'uso corretto, leale e trasparente del mezzo; più che di occuparsi del contenuto (lecito o illecito, vero o falso, lesivo o inoffensivo) del messaggio in sé (che non cambia a seconda che il messaggio sia veicolato attraverso l'una o l'altra piattaforma tecnologica, analogica o digitale che sia), si tratta, insomma, di contrastare modalità scorrette di diffusione del messaggio.

A questo proposito, si possono segnalare due problematiche sicuramente meritevoli di attenzione, anche se certo non di agevole soluzione: il tema della profilazione dell'utente finalizzata all'invio di materiale di comunicazione politica e quello della trasparenza circa la fonte dell'informazione *online*.

Quanto al primo tema, l'uso della profilazione per finalità di *marketing* è a tal punto elemento integrante dell'economia dei nuovi *media* che non sembra in alcun modo limitabile, nonostante i tentativi di attribuire un qualche rilievo al consenso dell'utente attraverso meccanismi di *opt – in* o *opt out*³⁷: tuttavia, la recente vicenda *Cambridge Analytica*, se ha rappresentato poco più che la scoperta dell'acqua calda nel momento in cui ha rivelato la pervasività (e la pericolosità) di simili meccanismi, potrebbe indurre a chiedersi se si possa quanto meno immaginare che, rispetto alla diffusione di alcune tipologie di contenuti (informativi, o magari più specificamente di comunicazione politica) l'uso delle tecniche di *marketing* diretto e della pubblicità comportamentale basata, appunto, sulla profilazione dell'utente, possa essere limitato, o addirittura escluso del tutto.

Non vi è dubbio che una limitazione del genere possa risultare tecnicamente difficile, in un contesto in cui la profilazione dell'utente è prassi ordinaria e quotidiana: ma se, lasciando per il momento impregiudicata la possibilità tecnica di un simile risultato, ci si interroga sulla sua compatibilità con il quadro costituzionale vigente, un riferimento di qualche utilità può essere rappresentato dalla vigente disciplina della comunicazione politica.

In numerosi paesi europei, ed anche in Italia, con la legge n. 28 del 2000, la disciplina della comunicazione politica contempla al suo interno anche la limitazione del ricorso ad alcune tecniche tipiche della comunicazione pubblicitaria per veicolare messaggi politici: tra questi, in primo luogo, il divieto di trasmettere in televisione *spot* elettorali, in campagna elettorale, o addirittura in generale, anche fuori dalle campagne elettorali³⁸. Simili restrizioni vengono comunemente giustificate con l'esigenza di limitare l'inge-

³⁷ V. ad es. il recente studio *L'economia dei dati. Tendenze di mercato e prospettive di policy* dove si osserva (p. 274): «la convinzione che il consenso possa rappresentare il principale elemento di legittimazione anche nel contesto digitale espone ogni intervento normativo all'esito tragico dello sforzo di Sisifo, specie se si considera che non si intravedono modelli di business alternativi rispetto a quelli che ricavano profitti dalla profilazione degli utenti e dalla pubblicità»; sicché (riprendendo una espressione di B.J. Koops, *The trouble with European data protection law*, in *Tilburg Law School Research Paper*, n. 4/2015) «il vero problema della tutela dei dati personali risiede nel suo essere lettera morta».

³⁸ Una rassegna delle differenti soluzioni adottate nei diversi paesi aderenti alla CEDU si può rinvenire nella sentenza della Corte EDU, Grande Camera, *Animal Defenders International c. Regno Unito*, ric. 48876/08 (2013).

renza del potere economico nella formazione della volontà politica: si tratta sicuramente di un'esigenza condivisibile, anche se non si può sfuggire all'impressione che il divieto degli *spot* elettorali in televisione sia una misura ormai un po' anacronistica, se si pensa al potere che può esercitare chi, detenendo le risorse per lavorare sui c.d. *big data* (e cioè per effettuare le complesse – e costosissime – operazioni di *data mining*, *data analysis* ecc.), può disporre dei profili degli utenti ed utilizzarli per l'invio di materiale informativo volto ad orientarne le scelte politiche; un potere, va aggiunto, molto più pervasivo e pericoloso, in quanto sotterraneo e assai meno percepibile di quello chi è in grado di comprarsi spazi pubblicitari in tv, posto che la pubblicità radiotelevisiva è pur sempre governata da un insieme minimo di regole che ne garantiscono, quanto meno, la riconoscibilità³⁹.

Tali restrizioni possono però giustificarsi in base ad un altro e, forse, oggi più convincente principio: quello per cui le tecniche della comunicazione commerciale non dovrebbero essere utilizzate nell'ambito della comunicazione politica, per il semplice fatto che le idee non sono merci, che il cittadino non è un semplice “consumatore di informazioni”, che, insomma, ciò che va bene per vendere un dentifricio non va bene per vendere un programma politico⁴⁰; e allora, a ben vedere, un divieto di applicare alla comunicazione politica tecniche di *marketing* diretto basate sulla profilazione dell'utente non sarebbe altro che l'applicazione, ad un altro ambito comunicativo, di uno dei principi della disciplina della comunicazione politica, e cioè la limitazione della possibilità di utilizzare strumenti della comunicazione commerciale in ambito politico.

Un altro ambito su cui non si può non abbozzare una riflessione è quello della trasparenza sulle fonti della notizia: non si tratta qui del complesso tema dell'anonimato in rete⁴¹, poiché il problema che si vuole porre non riguarda tanto la immediata identificabilità dell'utente che immette o condivide informazioni o opinioni in rete (magari nascondendosi dietro lo schermo di un *nickname*) quanto la possibilità di sapere di quale tipologia di utente si tratta, al fine di evitare che forme di comunicazione commerciale o propaganda politica siano dissimulate dietro l'apparenza di semplici manifestazioni del pensiero.

In altri termini, si tratta di accertare che chi si presenta in rete nelle vesti di un semplice utente, di una persona fisica che sta esercitando la sua libertà di manifestazione del pensiero, sia effettivamente tale, e non sia invece, un programma (c.d. *bot*) o una identità fittizia (c.d. *fake account*) attraverso cui opera un'organizzazione, sia essa privata o governativa, legale o illegale, con finalità di lucro o politiche: il che assume, del resto, una ulteriore e particolare importanza in un contesto tecnologico in cui proprio il fatto che una notizia sia condivisa – o addirittura apprezzata – da un gran numero di utenti tende ad aumentarne la diffusione, secondo quello che è un vero e proprio effetto “a cascata”.

³⁹ Al riguardo, sia consentito rinviare a M. Cuniberti, *Il divieto della pubblicità politica davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Osservatorio AIC, settembre 2013, 29 ss. in particolare.

⁴⁰ Sulla differenza tra «cittadino informato» e «consumatore di informazioni» sono sempre attuali le considerazioni di C. R. Sunstein, *Republic.com*, New York, 2002, trad. it. *Republic.com. Cittadini informati o consumatori di informazioni?*, Bologna, 2003.

⁴¹ Su cui molto si è scritto: da ultimo, v. G. Resta, *L'anonimato in Internet*, in T.E. Frosini - O. Pollicino - E. Apa - M. Bassini (a cura di), *op. cit.*, 66 ss.

Se è vero, insomma, che *bot* e *fake account* sono tra gli strumenti cui maggiormente si deve la “viralità” della diffusione delle c.d. *fake news* in rete⁴², allora si possono, forse, immaginare strumenti che siano in grado di operare sul versante della trasparenza, in modo da rendere riconoscibile, se non l’identità, quanto meno la effettiva natura del mittente del messaggio, e in alcuni casi anche vietare pratiche scorrette volte a dissimulare tale natura.

Forse non è possibile impedire ad un privato cittadino di esprimere l’opinione che il vaccino provoca l’autismo, che la terra è piatta o che l’uomo non è mai sbarcato sulla luna: ma certamente è possibile accertarsi (e a questo fine potrebbero utilizzarsi anche procedure automatizzate) che quel privato cittadino sia veramente tale, e non sia, invece, una identità più o meno fittizia che opera per finalità commerciali o politiche (ad esempio, nel caso dei vaccini, al fine di indirizzare gli utenti verso cure “alternative” che magari costituiscono vere e proprie truffe), o di manipolare il loro consenso a fini politici; è possibile, insomma, verificare che la fonte da cui proviene l’opinione controversa sia effettivamente un soggetto che sta esercitando la sua libertà di manifestazione del pensiero, e non uno strumento al servizio di interessi politici o commerciali, leciti o illeciti, di organizzazioni pubbliche o private, siano essi società commerciali, fornitori di beni o servizi più o meno legali, partiti politici, governi stranieri, ecc.

Anche in questo caso (e ciò conferma come, in molti casi, i temi che si pongono in relazione alle nuove tecnologie non siano che la riproposizione di temi e problematiche già presentatesi in altri ambiti) può essere utile un parallelo, questa volta con la disciplina della comunicazione pubblicitaria: il principio in base al quale si sanziona la pubblicità occulta e non trasparente, il principio, cioè, per cui deve essere data all’utente la possibilità di distinguere tra informazione (o semplice manifestazione del pensiero) e pubblicità commerciale, e si possono colpire modalità scorrette di comunicazione pubblicitaria dissimulata sotto le vesti dell’esercizio della libertà di cronaca o di critica, può tranquillamente essere applicato anche in questa sede, per distinguere ciò che è effettivamente manifestazione del pensiero da ciò che è altro (comunicazione commerciale, propaganda politica o, peggio, attività di disinformazione organizzata al fine di perseguire illeciti profitti).

Anche in questo caso, è chiaro che l’applicazione pratica del principio può non essere agevole, e non esente da errori e margini di imprecisione: ma quello che conta è innanzitutto definire il senso del possibile intervento, che – si ripete – non dovrebbe essere tanto il controllo o la repressione sui contenuti (con l’inevitabile rischio di dar vita a forme di censura e ad eccessi autoritari)⁴³ quanto l’imposizione di regole di lealtà, cor-

⁴² In particolare, v. F. Pizzetti, *Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura*, in questa Rivista, 2017, 48 ss.

⁴³ Da ultimo, questo rischio è particolarmente sottolineato nel [documento predisposto dal “Gruppo di esperti di alto livello” nominato nel gennaio 2018 dalla Commissione europea per approfondire il tema delle strategie di contrasto alle fake news e alla disinformazione in rete](#), il cui approccio equilibrato si segnala, e va apprezzato, anche per contrasto con altre, ben più bizzarre ed inquietanti iniziative della UE nel contesto della “guerra alla disinformazione”, come ad es. (per citare la più eclatante) la costituzione, addirittura presso la Commissione UE, di una “Task force per la comunicazione strategica sull’est Europa” (*East Stratcom Task Force*), che tra le sue iniziative edita un sito ([euvsdisinfo.eu](#)) specificamente dedicato a contrastare la (sola) disinformazione e la propaganda russa: una iniziativa che ha suscitato polemiche, per l’evidente difficoltà di distinguere “contropropaganda” e propaganda,

rettezza e trasparenza sui mezzi; il che, per inciso, sembrerebbe anche più conforme alla tradizione liberale espressa nello stesso art. 21 Cost., in particolare dove si fa riferimento (c. 3 e 5) alla possibilità di porre regole per l'individuazione dei responsabili e di rendere noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica.

Come citare il contributo: M. Cuniberti, *Potere e libertà nella rete*, in *MediaLaws – Rivista dir. media*, 3, 2018, in corso di pubblicazione

e anche per alcuni gravi incidenti di percorso, come l'aver bollato alcuni periodici indipendenti come organi di disinformazione al servizio del Cremlino.